

主 办
中国破产法论坛组委会
承 办
中国人民大学破产法研究中心
中华全国律师协会破产与重组专业委员会

POCHANFA LUNTAN

破产法论坛

第八辑



主 编◎王欣新 尹正友



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

主 办
中国破产法论坛组委会
承 办
中国人民大学破产法研究中心
中华全国律师协会破产与重组专业委员会

POCHANFA LUNTAN

破产法论坛

第八辑

主 编◎王欣新 尹正友



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

破产法论坛. 第8辑/王欣新,尹正友主编. —北京:法律出版社,2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5595 - 4

I. ①破… II. ①王…②尹… III. ①破产法—中国—文集 IV. ①D922. 291. 924 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 260848 号

破产法论坛(第8辑)

主编 王欣新 尹正友

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 韦钦平 朱海波
责任编辑 朱海波
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 沙磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 33

字数 548 千

版本 2013 年 12 月第 1 版

印次 2013 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5595 - 4

定价:80.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

破产法论坛

(第8辑)

编辑委员会

主 任 王欣新

副主任 刘兰芳 钱晓晨 刘 敏 陈海鸥 尹正友

委 员 朱庆标 赵继明 叶剑荣 宋全胜 徐阳光
孙向齐 赵泓任 李江鸿 张雪云 王道彦
孟 静 田玉辉 徐立佳 贵颜媛 许卓茗
高雨冰 陈涓涓 珊 丹 王兆同 陈林莉

主 编 王欣新 尹正友

编辑委员会地址：

北京市海淀区北四环西路66号第三极大厦A座16层

邮编：100080

电话：010-82447417

电子邮箱：pochan@whlaw.cn

前 言

《企业破产法》自2007年6月1日施行以来,在维护债权人和债务人合法权益、保障债权公平有序受偿、完善优胜劣汰竞争机制、优化社会资源配置、拯救危困企业等方面发挥了重要的积极作用。随着人们对破产法在市场经济中重要地位的认识不断深化,我国法学理论界和实务界对破产法的理论与司法实践问题日益关注,研究热情高涨,最高人民法院为完善破产法的实施不断出台司法解释和指导意见,我国破产法的研究和法制建设工作硕果累累。

“中国破产法论坛”至今已成功举办五届大型会议。在历届论坛上,与会的各位领导与嘉宾对我国破产法理论与实务中的重点、热点、难点问题进行了卓有成效的研究与探讨,会后我们汇集会议研究成果,公开出版了七辑《破产法论坛》。“中国破产法论坛”取得了为业界人士所公认的重要影响和成果,已经成为我国在破产法领域交流学术思想与司法实务经验的稳定而权威的平台。

“第五届中国破产法论坛”于2012年11月17日至18日在京隆重召开。来自高校、政府部门、人民法院、律师事务所等中介机构的领导、专家、学者、法官和实务界众多人士,在会议上围绕破产重整、破产财产、合并破产以及破产法与其他部门法的协调(如破产程序与执行程序的衔接)等破产法理论与实务问题进行了深入研讨,促成了论坛的圆满成功。呈现在读者面前的《破产法论坛》第8辑,就是“第五届中国破产法论坛”的优秀成果展示,收录了本届论坛组委会收到的优秀论文、会议讲演等重要文章与观点,以飨读者。

《破产法论坛》第8辑共分七部分,包括第一部分“破产程序启动”、第二部分“破产管理人”、第三部分“破产财产”、第四部分“破产债权”、第五部分“破产重整”、第六部分“破产法其他问题”、第七部分“调研报告”等专题。此外,文集还收录了第五届破产法论坛的会议综述与会议记录。这些论文既有高校老师的力作,也有法官、律师等实务界人士的佳篇,观点明确、论述规范、

内容新颖,较为全面地反映了目前我国破产法理论与实务中出现的新问题、新思想。虽然有些观点还不够成熟,有些问题论证得还不够深入,但是我们相信不同观点的碰撞,会给人们以新的启示,将有利于促进我们对破产法理论与实务问题的进一步研究。

为了使对中国破产法理论与立法司法实务问题的研讨能够更为深入,今后“中国破产法论坛”的会议方式将作出调整,以后将每两年举办一次大型的论坛,间隔期间将针对破产法前沿问题举办小型的专题研讨会,对破产法疑难与热点问题进行深入研究,为立法与司法提供富有建设性的意见。“中国破产法论坛”仍将由最高人民法院民二庭、中华全国律师协会、中国人民大学破产法研究中心、北京市破产法学会等单位主办与承办,以学者与实务人士互动的方式,继续为国内破产法学的研究和交流,为破产法的实施与完善作出贡献。

在第8辑《破产法论坛》付梓之际,“中国破产法论坛”的第一次专题研讨会也即将召开。希望“中国破产法论坛”的举办和《破产法论坛》文集的出版,能够进一步促进我国破产法制的发展与完善。

中国破产法论坛组委会主任
北京市破产法学会会长

王欣新

目 录

| 卷首语 |

重整制度理论与实务新论

王欣新/ 3

| 第一部分 破产程序启动 |

破产界限的立法功能问题——兼评《破产法司法

解释(一)》的实际功效

韩长印 何 欢/ 27

我国自动中止制度之完善

郭丁铭/ 50

破产派生诉讼立案实务研究

孙静波 张 进/ 57

论破产程序与其他执行程序的衔接——以《企业破产法》

第 19 条为基础

北京市房山区人民法院/ 70

破产程序对强制执行程序的优先效力问题初探

林捷好/ 79

| 第二部分 破产管理人 |

上市公司破产重整管理人选任制度研究

刘 文 周 舒/ 91

论管理人的民事诉讼构造

姚 彬 孟 伟/101

无产可破情况下管理人团队人力成本法律问题析

王兆同 曹 琳/115

| 第三部分 破产财产 |

浅析破产程序中破产撤销权、债权人撤销权与无效合同

制度的适用

姚 建 邹忠平/123

论破产撤销权之行使

乔博娟/136

股东出资责任的破产处理机制——基于《企业破产法》

第35条的解读	王艳华/151
所有权保留条款在买方破产清算程序中之地位	曲宗洪/163
企业破产程序中的知识产权处置若干问题探讨	谷彩霞/200
刍议破产程序中的财产状况调查	宋小毛 耿 栋/210

| 第四部分 破产债权 |

中国破产程序中担保物权相关问题的思考	尹正友/221
对我国破产清算中超过诉讼时效债权效力认定的 反思与重构	严萌根 沈文宏/228
房地产开发企业破产债权清偿顺序的理论与实务	葛晓燕 李 荐/237
关于破产程序中惩罚性债权处理问题的探析	许胜锋/249
试论对劣后债权的法律保护	宋小毛 耿 栋/257

| 第五部分 破产重整 |

公司重整中的价值分配:法律原则、现实偏离与制度纠正 ——基于中国上市公司重整实证样本的研究	贺 丹/269
我国上市公司重整计划执行的实证研究	丁 燕/282
重整程序中债权转股权若干问题浅析——兼评《公司债权转 股权登记管理办法》	陈明夏 李建涛/302
财务困境下的公司治理:控制债权人 机会主义	Jonathan C. Lipson 著 宋 彪 译/308

| 第六部分 破产法其他问题 |

关联企业实质合并探析	田 信 李 尊/355
关联企业破产实体合并初探	冯 坚 章 峰/369
试论个人独资企业的破产能力和破产制度设计	段建桦 雷 苑/383
跑路公司破产研究	尹秀超/389
破产犯罪:体系构建与模式选择	曹爱民/402

跨境破产实务问题思考

邓忠华/413

第七部分 调研报告

新《企业破产法》实施后破产案件审理的调查报告

——以 A 法院审理的 10 件破产案件为样本

杨 巍/423

困境与进路：无产可破案件的调研报告

(2007.6 ~ 2012.5)

山东省滨州市中级人民法院课题组/428

附录一：第五届中国破产法论坛会议综述

443

附录二：第五届中国破产法论坛会议发言

461

卷 首语 重整制度理论与实务新论

重整制度理论与实务新论

王欣新*

我国《企业破产法》借鉴国外经验设制了重整程序。重整目前已经被世界各国公认为是防范破产、挽救企业最为有效的法律制度。新《企业破产法》自2007年生效实施后,各地法院已经审理了很多重整案件,重整制度对困境企业的挽救发挥了重要的积极示范效应,引起了人们的广泛重视。在破产重整的司法实践中,出现了一些新的理论与实务问题迫切需要研究解决,以保障法律的顺利实施。本文试就这些问题进行探索,抛砖引玉,以求各位同仁共同深入研究。

一、重整制度的设置目的与实施模式

谈到重整制度的设置目的,人们会异口同声地回答,是为了挽救企业。这个答案不错,但是,什么叫作挽救企业,我们要挽救的是企业的什么社会功能,什么才是企业现实中最需要的重整挽救措施,只有对这些问题作出正确的回答,才能真正理解重整制度设置的实质目的,也才能使其在我国充分发挥出重要的作用。

传统的破产清算制度在保障债务公平清偿,维护债权人、债务人的正当权益,维护社会经济秩序等方面具有重要的意义与作用,但也存在一些难以协调解决的问题。破产清算程序耗时长、费资多、成本高,而债权人实际分配所得往往很少。破产企业及其经营事业被清算消灭,企业各项有形、无形的构成因素被分解变卖,丧失作为完整运营体的社会价值,许多财产或权利完全丧失经济价值,或大幅贬值,在清算中很难以合理价格及时变现,不仅使企业的股东、债权人受到严重损失,甚至血本无归,对社会财富与生产力来说也是一种破坏。企业的破产倒闭还会造成职工失业,乃至发生其供应商、销售商、连环担保企业等相关企业的连锁破产,对企业所在城市与社区的经济、税收、社会发展都可能产生消极影响,危及社会稳定与和谐。重整制度的设置,就是要在可能的情况下尽力解决这些问题,挽救企业的经济与社会价值,减轻社会损失。

* 王欣新,中国人民大学法学院教授、博士生导师,中国人民大学破产法研究中心主任,北京市破产法学会会长。

具体而言,就是要避免或减少职工失业,努力保护社会投资与事业经营,实现破产财产价值的最大化,保障债权人的权益,避免造成企业事业与财产的严重损失,维护社会稳定。

从各国的立法与实务情况来看,重整有三种模式:第一种是传统的企业存续型重整;第二种是事业即营业让与型重整;第三种是在部分国家与地区存在的清算型重整。其中前两种模式最具典型意义,是重整制度在实践中发挥其社会调整作用的主要操作模式。我国台湾地区学者对这三种类型的重整进行了界定,“其一是企业存续型,由债务人与债权人等协议减免或犹豫债务之额度或期限,以谋求企业之重建;其二是企业清算型,将债务人之财产个别变价,而以所得对价(清算价值)分配于诸债权人等;其三是营业让与型,将债务人营业之全部或主要部分让与他人,而以所得对价(继续企业价值)分配于诸债权人”。^①

结合我国国情,笔者认为,企业存续型重整,是通过债务减免、延期清偿以及债转股等方式解决债务负担,并辅之以企业法人治理结构、经营管理的改善,注册资本的核减或增加,乃至营业的转变或资产的置换等措施,达到企业重建再生之目的。其标志性的特点,是保持原企业的法人资格存续,在原企业的外壳之内进行重整,虽然企业的主人——股东可能会发生变更。事业让与型重整,又称出售式重整,是将债务人具有活力的营业事业之全部或主要部分出售让与他人,使之在新的企业中得以继续经营存续,而以转让所得对价即继续企业价值,以及企业未转让遗留财产(如有)的清算所得即清算价值,清偿债权人。其标志性的特点,是不保留原债务人企业的存续,在事业转让之后将债务人企业清算注销,事业的重整是以在原企业之外继续经营的方式进行。此外,在一些国家与地区还允许在重整程序中直接制订清算计划,由此形成清算型重整,构成第三种重整模式。所谓清算计划,是指以清偿债务为目的,对债务人财产进行清算、出售、分配的计划,与破产清算并无实质区别。如《日本公司更生法》(1997年法案)第191条规定,更生程序开始后,以公司的延续合并、新公司的设立或营业的转让等为内容的计划草案的制订有明显困难时,法院可根据计划草案制订人的申请,许可制订以清算为内容的计划草案。美国《破产法》第1123条(a)(5)(D),允许提出一个进行清算的计划,尽管其最终效果与第7章下的破产清算相同,但是债务人在重整程序中对清算有

^① 许士宦:《债务清理法之基本构造》,元照出版有限公司2009年版,第115页。

较大的控制权,有更多的时间对其业务进行清盘,因而提高破产财团的最终价值。^①

笔者认为,从实务功能上讲,清算式重整中的清算计划,相当于破产清算程序中的破产财产变价与分配方案;当其为债权人会议表决通过后,在法律性质上又有些与和解协议类似。就我国的情况而言,单独将其作为一种重整的方式尚无必要,但是可以考虑在重整程序启动之后、重整计划草案难以制订或未能通过时,允许直接制订清算计划,在债权人会议表决通过并经法院批准后执行,而不再将重整程序转为破产清算程序。这一方式可以节省许多程序成本,减少时间、费用、人力的浪费,更有利于维护债权人的权益。《企业破产法》规定,在重整计划不能通过、批准,或不能执行,或因其他原因被终止时,必须转换至破产清算程序,按照破产清算的规定重新进行全套程序。这不仅缺乏灵活性,而且会造成程序浪费,产生较高社会成本,如可在重整程序中通过清算计划的制订与实施解决破产清算问题,将更有利于社会资源的节省,并使债权人获得较多清偿。

在分析重整的多种模式后,我们要纠正对重整制度认识的一个误区,有些人认为,重整就必须要保持债务人企业的继续存续,如果债务人企业被注销就不是重整,而是清算,这种看法是不符合重整制度实质和立法本意的。重整制度设置的目的是挽救企业的经济与社会价值,避免其因破产清算造成的各种不良社会影响,同时使债权人得到较之清算更多的清偿。但所谓挽救企业,并不局限于使债务人企业继续存续一种方式,更不是一定要保留其外壳,特别是当其成为不利于企业事业更生的负担时。重整的实质作用,是要挽救债务人所经营的事业,而不是形式主义地维持债务人企业本身的继续存续。明确了这一基本原则,我国在重整中就可以进行出售式重整,将债务人企业的营业事业整体或部分转让,以出售的价款清偿债权人,保持企业实质上的存续,避免职工失业,避免对上下游企业造成不利影响等,对出售有效营运资产后的债务人企业则进行破产清算,予以注销。除此之外,在重整中对债务人企业还可以采取企业合并、分立等主体调整措施。

出售式重整与破产清算程序中对企业财产的整体转让,或对其生产线、成套设备的整体变卖,有什么本质区别?能否以清算程序取代出售式重整达到同样的目的,从而排除出售式重整的适用呢?也就是说,在已有清算程序的情

^① 尹正友、张兴祥:《中美破产法律制度比较研究》,法律出版社2009年版,第172页。

况下,出售式重整有无存在的必要。

笔者认为,从外观上看,清算程序中对破产企业财产的整体变卖等活动与出售式重整有一些形似之处,但两者存在本质差异,清算程序是不能取代出售式重整的,关键就在于出售式重整在法律性质上属于重整程序,不仅适用重整的法律规定,而且产生重整的法律效力与效果。(1)两者在程序的启动上存在重要区别。重整的申请可以较之清算申请提前提出。提出破产清算(包括和解)申请,以债务人已经发生破产原因为前提,而重整申请不仅在债务人发生破产原因时可以提出,而且在其有发生破产原因之可能时就可以提出。重整的申请主体是多元化的,不仅债务人、债权人可提出重整申请,债务人的股东也可在一定条件下提出。重整程序与清算程序在申请时间与申请人等方面的立法区别,是建立在有利于更早、更好地挽救企业的重整目的之上。(2)保障措施与强制力不同。在重整程序中,物权担保债权人优先受偿权的行使受到限制,而在清算程序中则原则上不受限制,这是两者的重大不同之处。重整程序限制担保物权行使的目的,是为保证债务人不因担保财产的分散执行而影响生产经营,影响对债务人营运资产的整体性出售,保障重整顺利进行。此外,根据我国《企业破产法》规定,只要债权人会议各表决组(含股东组)以法定多数通过重整计划草案,经人民法院批准,对所有当事人均具有法律效力。而且在部分表决组未通过重整计划草案的情况下,如符合法定条件,债务人或者管理人可以申请人民法院予以强制批准。人民法院对重整计划草案的强制批准权力,可以避免因部分利害关系人的反对而使重整无法进行。(3)财产出售的目的不同,效果不同。出售式重整的基点是重整,出售仅是其手段,所以其资产的出售是以独立或相对独立的营运事业为单元进行的,必须考虑所售营业资产的持续经营和附属职工的继续就业,出售的价值是企业的存续价值即较高的营运价值。而破产清算的基点是清算,目的是要实现变价分配,所以虽然破产企业也可以整体出售,但是做不到时就必须拆散出售,不考虑所售资产能否持续经营和职工的就业问题,实现的是财产的清算价值。除此之外,两者在财产的管理、相关权利人权利的行使(如取回权人取回财产的条件等)、债权人会议的表决形式等方面也存在区别。综上所述,破产清算程序是不能取代出售式重整的社会功能的。

二、出售式重整的重要社会功能与设置必要

在重整的实践中,有些债务人企业适合采取企业存续型重整,但是也有很多债务人企业更适合采取出售式重整。出售式重整具有独特的重要社会功

能,可以化解企业存续型重整中遇到的很多难题,并解决一些立法上的不足。

(一)有利于制订合理、可行的重整计划草案

在企业存续型重整中,无论是由债务人原班人马自己重整经营,还是由新的战略投资者换马经营,重整债务人企业要将其资产无论好坏全部接盘,即使将无效资产出售,承受高额的减值损失也是重整企业。据此制订的重整计划草案会使重整企业的无效资产负担过重,乃至最终被压垮,导致重整失败。而出售式重整通过将债务人企业的盈利营运资产出售,可以保证其在收购者手中正常运营,维持乃至提高营业本身之经济与社会价值,有利于制订出合理、可行的重整计划草案,达到重整之实质目的。其实在某种意义上讲,在我国上市公司的重整中就已经存在许多“出售式重整”的案例。许多战略投资者在接手上市公司时,均要求公司的原控制股东将企业的无效资产收购,甚至要求将企业的原有资产全部收购,注入新的业务与资产重新经营,即购买所谓“净壳”。只不过这种出售式重整,因为必须保留上市公司尚有特殊价值的壳资源,所以是在保壳下的出售。而这种保壳的出售式重整对非上市公司而言通常无法适用,因其外壳往往毫无价值,且一般无人接手无效资产,保留债务人企业的外壳已经构成阻碍重整成功的严重负担。

(二)消除分配模拟计算是否准确的争议

在破产清算程序中,债权人分配的数额多少、比例高低,完全由破产财产的实际变现情况即经市场化清算的价值所决定,债权人会议包括法院通常是无法决定可分配财产有多少的,只能在可分配财产总量确定的情况下,依法决定在各债权人之间的利益分配。所以,尽管债权人可能对分配的数额多少不满意,但是对可分配财产的总量多少往往少有争议。由于对债权人的分配顺位与分配方法等有法律明文规定,即使发生争议也易于解决。而在典型的企业存续型重整程序中,由于不对企业财产进行实际清算变现,所以无论是所谓债权人“在重整计划草案被提请批准时依照破产清算程序所能获得的清偿比例”,还是在重整计划草案中拟定的分配比例,完全是模拟计算出来的。这种模拟计算的结果就可能由于利益冲突、技术失误等因素影响而存在不够准确、合理乃至恶意欺诈的问题,由此引发债权人的争议,且难以解决,甚至因此导致重整失败。出售式重整,由于是将债务人企业的全部或主要营业资产实际转让变现,所以在财产的变现价值、分配比例等方面根本不存在模拟计算是否准确的问题,有利于消除争议,促进重整计划的通过和执行。

(三)有利于重整计划尽快执行完毕

在典型的企业存续型重整中,清偿债权人的财产主要来源不是企业变卖后的清算价值,而是存续企业的未来收益。在一些案件中,企业新的战略投资者有时也会提供一些偿债资金,但从本质上讲,还是以存续企业的未来收益作为清偿保障的。由此产生的问题首先是重整计划的执行期限较长,一般为数年,债权人利益实现的周期很长;其次是债务人的预计未来收益能否实现、债权人能否获得清偿存在较大风险。因为债务人企业的经营与盈利恢复,因内外部因素影响具有一定的不确定性,其未来收益可能难以保障债务清偿,重整仍存在失败的可能性。出售式重整将债务人企业的全部或主要营业立即转让变价,而且对原企业剩余财产也是采取实际清算的方式处理,有利于消除不确定因素,保证重整计划迅速执行完毕,对债权人的清偿可早日实现,从而更好地维护各方利害关系人的权益。

(四)有利于解决债务人的余债责任等后遗症

出售式重整对重整成功还有一个重要的保障作用,即解决在重整计划执行完毕后、未在重整程序中申报的债权要求继续清偿对重整企业与事业存活的破坏性影响。《企业破产法》第92条第2款规定,债权人在重整程序中未依法申报债权的,在重整计划的执行期间不得行使权利,但在重整计划执行完毕后,可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条件行使权利,向债务人要求清偿。这一规定是对在重整程序中未申报债权者的特别救济,但从实践执行的情况看,对企业存续型重整却往往会产生致命的打击,甚至使重整计划成功执行完毕的企业再度陷入破产境地。

债务人企业经过重整程序挽救后继续存在,而未申报债权并不剥夺债权人的实体权利,所以其债务仍需履行,这并不违背法理。但问题在于,设置重整程序的主要目的本为挽救债务人,而当债务人完全履行重整计划后,又出现在重整计划制订时未曾考虑清偿的新债权,如其数额较大,就可能导致债务人再度破产,原已进行完毕的重整程序实际失败。而债权人如果正常申报债权,债务人在制订重整计划时可以采取降低相应类别全部债权的清偿比例等方式加以解决,或者重整程序因不具备实施条件根本无须进行,债务人将直接进入破产清算程序,避免二度破产与程序、费用的浪费。立法规定在重整程序中未申报的债权人在重整计划执行完毕后可以继续行使权利,将使债务人被迫多承担债务责任。因为在重整当事人协商确定重整计划时,债务人的清偿能力与财产是既定的,申报的债权尤其是普通债权再多无非是每笔债权清偿的比